

RESPOSTA DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BANCOS À CONSULTA PÚBLICA DO CNSF RELATIVA AO ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DMIF II / RMIF

A – COMENTÁRIOS GERAIS

Portugal necessita tanto de um sector bancário forte e estável como de um mercado de capitais eficiente e dinâmico. A adoção de um quadro regulatório adequado, coerente, harmonizado e simples constitui uma condição indispensável (embora não suficiente) para alcançar tais objetivos. Os diplomas em transposição constituem um marco importante para a consolidação do quadro normativo aplicável aos mercados de capitais, e aos serviços e atividades de investimento, contribuindo, de modo significativo, para o reforço, quer da defesa da integridade do mercado, quer da proteção do investidor.

Da análise do extenso projeto em discussão pública resulta que as maiores reservas e preocupações que o mesmo suscita aos Associados da APB incidem, paradoxalmente, não sobre a transposição dos instrumentos normativos europeus, mas sobre o alargamento à globalidade dos produtos e serviços da banca de retalho (através de alterações do RGICSF) de disposições da Segunda Diretiva dos Mercados e Instrumentos Financeiros (DMIF II), que consideramos desajustado e intempestivo, com a agravante de ser acompanhado de exigências acrescidas relativamente ao disposto nos normativos comunitários.

Neste contexto devemos referir, em primeiro lugar, o disposto em matéria de obrigações das instituições de crédito no domínio da governação e monitorização de produtos e serviços bancários de retalho (novo artigo 90º - A do RGICSF). Esta disposição tem por fonte as Orientações da Autoridade Bancária Europeia (EBA) sobre a matéria (EBA/GL/2015/18) - já implementadas através da Carta Circular n.º 69/2016/DSC - orientações essas que, não sendo em si mesmas isentas de reparos, em sede de razoabilidade e exequibilidade, assumem a natureza de meras “orientações”, muito mais propícia a uma aplicação em diálogo com as instituições destinatárias e à correção ou afinamento de normas, que essa mesma experiência de aplicação prática revele necessária.

Ao invés, o legislador nacional propõe-se adotar nesta matéria a forma legal, muito mais rígida e injuntiva, indo, ainda, mais além, ao estender à globalidade dos clientes e dos produtos da designada banca de retalho, o âmbito de aplicação do normativo da EBA, circunscrito aos consumidores e a determinados produtos específicos. Esta ampliação do âmbito de aplicação é manifestamente inadequada e coloca os bancos portugueses em desigualdade competitiva, quer relativamente aos seus congéneres da U.E., quer relativamente a novos “*players*”, nomeadamente no domínio das denominadas *Fintech*.

De semelhante desajustamento e inadequação padece a extensão à banca de retalho do disposto na DMIF II em matéria, respetivamente, de prevenção e resolução de conflitos de interesses e conhecimentos e competências dos colaboradores. No que toca ao primeiro tema, bastará recordar que, ao contrário do que se verifica relativamente aos serviços de investimento - onde a situação é merecedora de particulares cuidados e precauções - na banca de retalho a instituição de crédito é quase sempre, por natureza, a contraparte do cliente, pelo que a regulação do tema dos conflitos de interesses assume uma muito menor relevância.

Já no que respeita à exigência de conhecimentos dos colaboradores da instituição o que está em causa é uma restrição injustificada da autonomia de gestão das instituições que deve estar sujeita ao binómio liberdade / responsabilidade característico do exercício de atividade em regime concorrencial, só se devendo admitir a sua restrição caso existam razões ponderosas de interesse público, o que se considera ser o caso no domínio dos serviços de investimento em instrumentos financeiros. O mesmo não se encontra demonstrado para a generalidade da atividade de banca de retalho, onde se deverá manter a plena responsabilidade da gestão da instituição de crédito.

Mais gravoso, porém, é o que se dispõe no novo artigo 77º-E do RGICSF, por várias razões. Em primeiro lugar, deve advertir-se que este preceito, ao invés do artigo 16º, nº 3 da DMIF II e das mencionadas Orientações da EBA, não se inscreve na temática da conceção dos produtos e da definição, em conceito, dos respetivos “mercados-alvo”, sendo de aplicação no momento de comercialização de produtos junto de um consumidor concreto. Em seguida, terá de sublinhar-se que, em matéria de avaliação da adequação do produto, a DMIF II apenas exige como regra geral - a exceção respeita às atividades de consultoria e gestão de carteiras, que não estão aqui em causa - a aferição da experiência e conhecimentos dos clientes, em contraste flagrante com as noções latíssimas de “interesses” e “circunstâncias” do cliente, utilizadas neste novo preceito do RGICSF.

Numa análise rigorosa das consequências da aplicação deste preceito, conclui-se que o mesmo é irrazoável e desproporcionado, senão mesmo inexecutável, relativamente à informação que a instituição deve obter dos seus clientes e que o que nele se dispõe não é necessário (senão mesmo irrelevante) para a proteção dos interesses destes. Acresce que não se pode excluir, por completo, os riscos de responsabilidade insuscetíveis de antecipação e mitigação decorrentes da sua aplicação para as instituições de crédito. Por tudo isto, entendemos que deve ser eliminado este preceito do projeto.

Em síntese, na presente consulta, é proposto um processo, simultâneo, de alargamento de âmbito e de “gold-plating” da DMIF II, sem paralelo noutras jurisdições europeias, que urge evitar, com vista a assegurar, no que respeita à prossecução da atividade bancária, regras homogéneas - um “level playing field” - e uma concorrência sã e equitativa a nível europeu.

B – COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS AO ANTEPROJETO DE DIPLOMA

Nota preliminar: Em relação à técnica legislativa utilizada, considera-se desejável que as remissões ou referências para outros diplomas legislativos sejam efetuadas de forma mais objetiva, tendo presente, nomeadamente, a densidade legislativa associada a este anteprojeto.

B.1 ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

a) Comunicação de infrações e mecanismos extrajudiciais para a apresentação de queixas dos consumidores

Salvo o diploma autónomo proposto para a regulação da matéria relativa aos depósitos estruturados, constata-se que não existem disposições que procedam à transposição dos artigos 73.º (Comunicação de infrações) e 75.º (Mecanismos extrajudiciais para a apresentação de queixas dos consumidores) da Diretiva n.º 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (DMIF II).

b) Artigo 305.º (Requisitos gerais)

O n.º 2 prevê que *“o intermediário financeiro assegura que os colaboradores que prestem serviços de intermediação financeira possuem qualificações e competências profissionais adequadas ao cumprimento dos seus deveres”*.

Com a redação agora proposta, existe um alargamento do âmbito de aplicação dos requisitos de conhecimentos e competências previstos no n.º 1 do artigo 25.º da DMIF II (que, na Diretiva, se cingem às *“peças singulares que prestam serviços de consultoria para investimento ou dão informações aos clientes, em nome da empresa de investimento, sobre instrumentos financeiros, serviços de investimento ou serviços auxiliares”*). A este mesmo âmbito se encontram circunscritas as Orientações da ESMA relativas à avaliação de conhecimentos e de competências (ESMA/2015/1886) que precisam e desenvolvem estes requisitos.

Consideramos, deste modo, que não se justifica a extensão, contemplada no anteprojeto, destes requisitos a todos os colaboradores envolvidos na prestação de serviços de intermediação financeira. Seguramente que todos estes colaboradores carecem de uma formação adequada mas, designadamente, no que respeita aos que não desenvolvem a sua atividade em contacto com os clientes (por exemplo, os que integram o *back-office*), as modalidades de realização daquela formação e o seu conteúdo deverão permanecer no âmbito da discricionariedade do intermediário financeiro,

em virtude de não estarem diretamente em causa interesses dos investidores carecidos de proteção legal.

O alargamento do âmbito de aplicação dos requisitos de conhecimentos e competências a todos os colaboradores que prestem qualquer serviço de intermediação financeira traduzir-se-ia numa discriminação negativa relativamente ao exigido em outros Estados-Membros.

Afigura-se, igualmente, mais adequada a utilização da terminologia “*conhecimentos e competências*”, prevista no artigo 25.º da DMIF II e nas Orientações da ESMA relativas à avaliação de conhecimentos e de competências.

Por último, por questões de clareza e pela necessidade de circunscrever o âmbito de aplicação do n.º 3 do presente artigo, sugere-se a introdução na sua redação das seguintes alterações: “*O intermediário financeiro aplica mecanismos de segurança sólidos para garantir a segurança e, sempre que necessário, a autenticação dos meios de transferência das informações, minimizando o risco de corrupção de dados e de acesso não autorizado, de modo a evitar fugas de informação, mantendo a confidencialidade dos dados em todos os momentos.*”

c) Artigo 307.º-B (Prazo e suporte de conservação)

O procedimento previsto na alínea e) do n.º 7, de entrega de registos de gravações telefónicas a clientes, poderá carecer de correspondente enquadramento na regulamentação respetiva, sob pena de o seu cumprimento violar outra legislação / regulamentação em vigor, nomeadamente na esfera da privacidade e proteção de dados.

d) Artigo 309.ºA (Conflitos de interesses)

Entendemos que a solução apresentada, do ponto de vista da técnica legislativa, não se afigura a mais adequada, na medida em que engloba, numa mesma solução normativa, instrumentos de natureza diferente: uma diretiva que tem de ser transposta e regulamentação que é de aplicação direta, sendo que no preceito constam elementos referentes aos dois tipos de instrumentos.

Esta situação é agravada pela existência, no que diz respeito à matéria da realização de operações pessoais, da previsão na alínea d) do n.º 1 de “*medidas para evitar que pessoas relevantes realizem transações pessoais*”, sendo que esta proibição não é consistente com as regras previstas no n.º 2 do artigo 16.º da DMIF II onde é referido que “*as empresas de investimento (...) estabelecem regras apropriadas aplicáveis às transações pessoais efetuadas por essas pessoas*”, nem com as disposições

previstas no artigo 29.º do Regulamento Delegado que regula as disposições relativas às transações pessoais.

Esta redação deverá, assim, ser alterada, uma vez que contradiz frontalmente as normas vigentes em matéria de abuso de mercado (as quais não proíbem, em absoluto, a realização de operações pessoais).

e) Artigo 309.ºD (Deveres gerais dos intermediários financeiros que produzem ou distribuem instrumentos financeiros)

A redação da alínea c) do n.º1 *“o intermediário financeiro que produz instrumentos financeiros deve adotar todas as medidas razoáveis para assegurar que o instrumento financeiro apenas é distribuído junto de clientes pertencentes ao mercado-alvo identificado”* é mais exigente do que o estabelecido na DMIF II onde, no n.º2 do artigo 24.º, está previsto que *“as empresas de investimento que produzem instrumentos financeiros para comercialização junto de clientes asseguram que esses instrumentos financeiros se destinem a satisfazer as necessidades de um mercado-alvo identificado”*.

Assim, entende-se que são exigidas medidas que, imperativamente, excluem a distribuição de instrumentos financeiros fora do mercado-alvo, enquanto as orientações da ESMA em matéria de governação dos produtos (ESMA/2016/1436) não excluem situações em que os produtos podem ser vendidos fora do mercado-alvo positivo, desde que esses casos sejam oportunamente justificados e devidamente documentados.

No n.º 4 é definido o conceito de *“distribuir”* como correspondendo a *“oferecer, recomendar ou comercializar instrumentos financeiros junto de clientes, em mercado primário ou secundário”*. Considerando que o n.º 2 do artigo 24.º da DMIF II estabelece que *“uma empresa de investimento compreende os instrumentos financeiros que oferece ou recomenda (..) e assegura que só sejam oferecidos ou recomendados instrumentos financeiros caso tal seja do interesse do cliente”*, entende-se que o conceito de *“distribuir”* proposto neste preceito deve ser revisto, de forma a incluir, nos termos previstos na DMIF II, exclusivamente situações em que se verifique a oferta / recomendação de instrumentos financeiros por iniciativa da empresa de investimento. A expressão *“comercializar”* deve, em conformidade, ser suprimida.

f) Artigo 309.ºF (Política e procedimento internos de aprovação da distribuição de instrumentos financeiros)

O artigo menciona as entidades produtoras de instrumentos financeiros que “*não sejam intermediários financeiros*”, quer na alínea b) do n.º1, quer na subalínea i) alínea c) do n.º 3, para estabelecer os deveres do intermediário distribuidor em relação à obtenção de informações sobre instrumentos financeiros que não são por si produzidos.

A este respeito, cumpre salientar que:

- o considerando n.º 71 da DMIF II estabelece que “*as empresas de investimento que propõem ou recomendam aos clientes instrumentos financeiros que não produziram deverão igualmente dispor de mecanismos apropriados para obter e compreender as informações úteis relativas ao processo de aprovação do produto, incluindo o mercado-alvo identificado e as características do produto que oferecem ou recomendam*”, mesmo que o produto tenha sido produzido por “*empresas que não estão sujeitas aos requisitos em matéria de governação dos produtos enunciados na (...) diretiva ou produzido por empresas de países terceiros*”; e
- o n.º 2 do artigo 10.º da Diretiva Delegada é, igualmente, claro, ao prever que os deveres de governação de produtos são aplicáveis aos produtores não abrangidos pela DMIF II “*Member States shall require investment firms to take all reasonable steps to ensure they also obtain adequate and reliable information from manufacturers not subject to Directive 2014/65/EU to ensure that products will be distributed in accordance with the characteristics, objectives and needs of the target market. Where relevant information is not publicly available, the distributor shall take all reasonable steps to obtain such relevant information from the manufacturer or its agent*”.

A redação das disposições das diretivas inclui, assim, quer os “*produtores*” que não sejam intermediários financeiros, quer os intermediários que, por não estarem sedeados ou estabelecidos na U.E., não se encontram submetidos à DMIF II.

Afigura-se-nos que este sentido, mais amplo, é o correto, pelo que deverá ser adotado no diploma de transposição.

g) Artigo 312.º - A (Informação específica a prestar no âmbito da consultoria para investimento)

O n.º 2 prevê que “*no decurso da prestação do serviço a investidores não profissionais é entregue ao investidor, previamente à realização de qualquer operação recomendada, cópia do documento de*

avaliação da adequação do instrumento ou serviço recomendado ao investidor, assinado pela pessoa que prestou o aconselhamento”.

Discorda-se da exigência de um documento assinado pela pessoa que prestou o aconselhamento, a qual não tem correspondência na DMIF II. Acresce que tal exigência se assume inadequada em algumas situações, como sucede na prestação de recomendações *online*.

h) Artigo 321.º (Contratos com investidores)

A DMIF II estabelece um conjunto de requisitos acrescidos para as empresas de investimento que prestam serviços de consultoria para investimento, com o objetivo de reforçar a proteção dos investidores e aumentar a clareza quanto ao serviço que lhes é prestado. Por contraposição à simples prestação de informações - ainda que prestadas por um profissional a um cliente - a consultoria para investimento pressupõe, por exemplo, competências e conhecimentos dos colaboradores claramente mais exigentes, por envolver a prestação de um serviço de aconselhamento ou recomendação de investimentos, que pode envolver escolha de ativos, definição de estratégias, capacidade para avaliação de ativos ou do risco da carteira e a utilização de técnicas de cobertura de riscos.

O n.º 1 do artigo 321.º estabelece que *“os contratos relativos aos serviços previstos no artigo 290.º, com exceção do serviço de consultoria para investimento, e nas alíneas a) e b) do artigo 291.º e celebrados com investidores profissionais ou não profissionais revestem a forma escrita (...)”.*

De modo a não existirem dúvidas quanto aos serviços prestados pelas empresas de investimento, consideramos que a prestação de serviços de consultoria para investimento - para além do previsto no artigo 58.º do Regulamento Delegado, onde já é exigida essa forma contratual para determinadas modalidades de prestação do serviço - deverá ser exercida com base em contrato escrito. Nesse sentido, sugere-se a supressão da expressão *“com exceção do serviço de consultoria para investimento”.*

i) Artigo 327.º (Forma)

O n.º 2 estabelece que *“as ordens dadas oralmente são registadas em suporte fonográfico, nos termos do artigo 307.º-B ou, se presenciais, reduzidas a escrito pelo recetor e subscritas pelo ordenador”, substituindo a atual redação “as ordens dadas oralmente devem ser reduzidas a escrito pelo receptor e, se presenciais, subscritas pelo ordenador”.*

Considerando que o n.º 6 do artigo 307.º-B prevê que “o intermediário financeiro deve fixar em suporte fonográfico as ordens recebidas, transmitidas ou executadas telefonicamente, por conta própria ou de terceiros (..)”, e que existem duas dimensões a considerar - (i) ordens presenciais vs. não presenciais; e (ii) ordens orais vs. não orais - sugere-se que a expressão “as ordens dadas oralmente são registadas em suporte fonográfico” seja alterada para “as ordens dadas telefonicamente são registadas em suporte fonográfico”.

B.2 ALTERAÇÕES AO REGIME GERAL DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E SOCIEDADES FINANCEIRAS

a) Artigo 77ºE (Avaliação da adequação do produto)

Esta norma estabelece, implicitamente, a obrigação de realização de um teste de adequação de todos os produtos e serviços bancários de retalho aos interesses e circunstâncias de cada cliente.

Este preceito diverge notoriamente do disposto na DMIF II – constituindo, portanto, uma relevante inovação do legislador português – em dois aspetos fundamentais.

Em primeiro lugar, no que respeita ao seu âmbito de aplicação.

Se no âmbito da intermediação financeira, a obrigatoriedade de realização de um teste de adequação (do qual pode resultar uma advertência para o cliente que o produto em causa não é adequado) apenas é aplicável aos produtos financeiros complexos ou no âmbito da prestação de serviços de consultoria e de gestão de carteiras, não se encontra fundamento para implementar semelhante exigência na comercialização de todos os produtos e serviços bancários de retalho.

O único “*produto*” regulado na DMIF II que poderá considerar-se incluído na noção aqui utilizada de “*produtos bancários de retalho*” é o dos depósitos estruturados e o único serviço regulado na mesma Diretiva suscetível de integrar o conceito de “*serviços bancários de retalho*”, será o da consultoria relativamente aos mesmos depósitos estruturados.

Importa salientar que a DMIF II consagra a possibilidade das empresas de investimento prestarem serviços de investimento que consistam exclusivamente na execução de ordens do cliente ou na sua receção e transmissão sem a realização de testes de adequação quando (i) os serviços respeitem a instrumentos financeiros ou depósitos não complexos; (ii) os serviços sejam prestados por iniciativa do cliente; (iii) o cliente seja informado de que não será realizado o teste de adequação; e (iv) sejam cumpridas as obrigações em matéria de conflitos de interesses (artigo 25.º/4 da DMIF II). Assim, no que respeita à complexidade dos produtos, embora a introdução dos depósitos estruturados no

âmbito de aplicação da DMIF II implique que se faça, no âmbito da sua comercialização, o denominado teste de adequação, essa obrigatoriedade encontra-se circunscrita a depósitos estruturados com uma *“estrutura que torne difícil para o cliente compreender o risco de retorno ou o custo de saída do produto antes do vencimento”*.

Ao incluir neste preceito a globalidade do que designa por *“produtos e serviços bancários de retalho”* o legislador estaria a sujeitar a uma disciplina uniforme uma vasta gama de produtos e serviços muito heterogéneos entre si, bem como relativamente aos serviços de investimento previstos na DMIF II, desde as contas bancárias e os depósitos bancários simples até aos diversos segmentos da concessão de crédito e aos produtos e serviços de pagamento, incluindo mesmo o aluguer de cofres.

Acresce que, com esta norma, se estabelece um tratamento desproporcionado dos clientes no âmbito da comercialização de produtos e serviços bancários de retalho, comparativamente com a comercialização de instrumentos financeiros, o qual é absolutamente injustificado.

Para além da natureza muito prematura e desenquadrada do direito europeu - e consequentemente das condições em os congéneres europeus dos bancos nacionais exercem a sua atividade - esta iniciativa, na sua formulação tão ampla e genérica, reveste-se de escasso interesse para os utilizadores e de difícil, ou mesmo inviável, exequibilidade em termos práticos ao exigir a obtenção de um vasto, mas indeterminado manancial de informação, sem precisar os respetivos contornos, o tempo e o modo como a mesma poderá ser obtida.

A segunda divergência com os diplomas em transposição que devemos assinalar respeita exatamente ao objeto do juízo de adequação subjacente a esta disposição, expresso no conceito muito amplo e altamente indeterminado de *“...interesses e circunstâncias desse cliente”*.

No regime aplicável à generalidade dos serviços de investimento, a DMIF II (e já a DMIF original) apenas exige um juízo de adequação em função dos conhecimentos e experiência em matéria de investimento do cliente (artigo 25.º/3 da DMIF II). Mesmo no segmento mais qualificado da consultoria de investimento e da gestão de carteiras, o regime do direito europeu, sendo mais exigente acerca da informação que deve ser solicitada ao cliente é bem mais preciso e determinado quanto ao seu objeto, centrado na situação financeira (incluindo a capacidade para suportar perdas) e objetivos de investimento do mesmo cliente (artigo 25.º/2 da DMIF II).

Adicionalmente, e admitindo-se que se queira intervir neste domínio, importa notar que o racional subjacente a este preceito - para além de disposições específicas aplicáveis produto a produto - se encontra refletido de forma transversal nos artigos 90.ºA e 90.ºB, cuja fonte são as Orientações EBA/GL/2015/18. Importa, ainda, ter presente que as referidas orientações não preveem qualquer

teste de adequação relativamente a clientes concretos, mas sim, e apenas, aos interesses, objetivos e características de um mercado-alvo.

De notar que existem produtos e serviços bancários, nomeadamente aqueles cuja disponibilização é obrigatória por lei e/ou essencial à promoção da inclusão financeira, relativamente aos quais não se entende, de todo, justificada a exigência de testes de adequação (mesmo que em sentido lato).

Face ao exposto, considera-se que este artigo deve ser eliminado.

b) Artigo 86.º-A (Mecanismos organizacionais e administrativos)

O texto deste artigo revela uma proposição que entendemos excessiva, agravada pelo facto do âmbito de aplicação deste preceito abranger todos os produtos e serviços financeiros de retalho.

Na sua redação atual, o RGICSF já prescreve – Título VI Supervisão Comportamental – um conjunto de regras de conduta, deveres exigidos nas relações com clientes (incluindo a obrigação da existência de códigos de conduta) e segredo profissional.

Já quanto ao cumprimento destes deveres gerais, a regulamentação atual estabelece os respetivos requisitos, permitindo a implementação das metodologias consideradas adequadas para o efeito. Como exemplo, referimos o artigo 77º do RGICSF que, na redação atual, estabelece os deveres gerais de informação e assistência aos clientes, referindo, no entanto, que competirá ao Banco de Portugal, regulamentar, por aviso, os requisitos mínimos de informação que as instituições de crédito devem satisfazer na divulgação ao público das condições em que prestam os seus serviços.

Ainda que se compreenda a importância da salvaguarda das questões ligadas aos conflitos de interesses (hoje em dia vertidas nos Códigos de Conduta das instituições e do conhecimento geral dos consumidores), parece-nos que, e para a generalidade dos produtos e serviços bancários de retalho (fora do âmbito da DMIF II), resulta especialmente pouco claro e indeterminado o texto do n.º 2 deste artigo, especialmente se compararmos no mesmo patamar – como se pretende – por exemplo, um depósito estruturado com um serviço de aluguer de cofres.

c) Artigo 89.º - Registos e arquivo

No que respeita ao n.º 4, questiona-se o alcance da obrigatoriedade das instituições de crédito procederem ao *“registo e armazenamento das comunicações através de meios eletrónicos que estabeleçam com os clientes no contexto da comercialização de produtos e serviços bancários de retalho”*.

A redação afigura-se demasiado lata. Na nossa opinião, o arquivo obrigatório deverá cingir-se à prova de entrega da informação pré-contratual obrigatória e da contratação, devendo ficar claro que não se aplica a comunicações promocionais / de marketing ou a outras comunicações comerciais.

No n.º 6 do artigo 89.º estabelece-se que o Banco de Portugal pode exigir as gravações de conversas telefónicas com clientes no âmbito da comercialização de produtos e serviços bancários de retalho. Estabelecer a obrigatoriedade de gravação de chamadas em todos os equipamentos dos colaboradores afetos traria um custo extremamente elevado, quer na implementação de soluções técnicas (não disponíveis de forma consistente e alargada), quer no tratamento e armazenamento de chamadas.

d) Artigo 89ºA (Conhecimentos e competência dos colaboradores)

Esta disposição vai além do disposto na DMIF II quanto ao seu âmbito de aplicação, nos termos já indicados a propósito do novo artigo 77º-E.

O RGICSF contém já uma disposição (artigo 73º) que impõe às instituições de crédito o dever de *“assegurar, em todas as atividades que exerçam, elevados níveis de competência técnica, garantindo que a sua organização empresarial funcione com os meios humanos e materiais adequados a assegurar condições mais apropriadas de qualidade e eficiência”*, que reputamos adequada e suficiente para o efeito.

Adicionalmente, existem domínios como o do crédito hipotecário, em que o quadro legal já prevê disposições específicas para regular esta matéria. Consideramos que deve ser desta forma - por produto – que se deve, ponderadamente, prosseguir em futuras iniciativas legislativas.

Entendemos que esta abordagem se assume mais adequada do que a atribuição de poderes ao Banco de Portugal, para estabelecer critérios genéricos (por Aviso) para avaliar as competências dos colaboradores e em termos indeterminados *“outras normas que se mostrem necessárias à execução do disposto no presente artigo”*, matérias que devem, por princípio, ser mantidas na liberdade de gestão de cada instituição. Importa salientar que o Conselho de Administração é, em última instância, responsável pela qualificação e eficiência dos meios humanos, de forma a garantir que os serviços são prestados de acordo com elevados padrões éticos e com um nível de competência técnica adequado ao produto ou serviço.

e) Artigos 90.º(Obrigações das instituições de crédito na criação de produtos e serviços bancários de retalho) e 90.º-A (Obrigações das instituições de crédito na comercialização de produtos e serviços bancários de retalho)

Verifica-se a existência de uma sobreposição assinalável de disposições presentes nos artigos 90.º (Obrigações das instituições de crédito na criação de produtos e serviços bancários de retalho) e 90.ºA (Obrigações das instituições de crédito na comercialização de produtos e serviços bancários de retalho).

Os artigos abrangem os produtos e serviços bancários de retalho, não delimitando em que medida este âmbito deve ser entendido.

No entanto, as orientações da EBA sobre esta matéria (EBA/GL/2015/18) elencam, especificamente, os produtos e serviços que devem ser abrangidos, o que não é compatível com o caráter universal implícito na redação destes artigos, e que revela mais um aspeto da abordagem que presidiu à elaboração deste anteprojeto de transposição.

Por outro lado, estas normas referem-se a “*clientes*” (em sentido geral) enquanto as orientações da EBA referem-se a “*consumidores*”, admitindo apenas que as autoridades de supervisão nacionais ponderem se as micro, pequenas e médias empresas devem também ser abrangidas.

Assim, a redação do artigo 90.º, e consequentemente os novos artigos 90.º-A (obrigações das instituições de crédito na comercialização de produtos e serviços bancários de retalho) e 90.º-B (Intervenção do Banco de Portugal em matéria de procedimentos de monitorização e governação de produtos e serviços bancários de retalho), deve ser alterada no sentido de ter a mesma abrangência que as referidas orientações da EBA.

O n.º 3 do artigo 90.º A carece de clarificação, não se entendendo as situações que o preceito pretende abranger.

Relativamente ao disposto no n.º 4 do artigo 90.º A, a previsão de disponibilização de informação sobre as medidas adotadas pelas instituições de crédito no contexto da comercialização de produtos e serviços bancários de retalho, nos mesmos termos ao Banco de Portugal e a instituições de crédito que criaram desenvolveram, conceberam, combinaram ou alteraram significativamente os produtos ou serviços em causa, afigura-se excessiva e é, inclusive, passível de colidir com os princípios concorrenciais que vigoram no nosso ordenamento jurídico.

f) Artigo 90.º-B (Intervenção do Banco de Portugal em matéria de procedimentos de monitorização e governação de produtos e serviços bancários de retalho)

O artigo 42.º do RMIF consagra poderes de intervenção das autoridades competentes nacionais no domínio da proibição (ou restrição) (i) da comercialização, distribuição ou venda de determinados instrumentos ou (ii) de um determinado tipo de atividade ou prática financeira.

O preceito do Artigo 90.º-B vai, no seu âmbito de aplicação, muito além do estabelecido nos instrumentos normativos comunitários, suscitando neste caso grande perplexidade: em que circunstâncias poderá justificar-se, por exemplo, a “suspensão da comercialização” de “depósitos não estruturados”, “produtos ou serviços de pagamento”, “produtos” de crédito ou o “aluguer de cofres”?

A disposição prevista no n.º 1 “...*não tenham desenvolvido ou aplicado um processo de aprovação efetiva do produto ou serviço ou não tenham, de outra forma, logrado cumprir o disposto nos artigos 90 e 90.º A*”, permite diferentes interpretações, como tal, não garantindo igualdade de tratamento.

Questiona-se, também, quais os termos e abrangência da abordagem regulamentar que o Banco de Portugal pretende implementar no contexto do n.º 2, considerando a evidência da vasta experiência das instituições na definição e implementação de estratégias e políticas de atuação comercial (orientada até por instrumentos regulamentares relevantes), e que, nalguns casos, as mesmas têm de acolher ditames da casa-mãe.

g) Artigo 199.º-A - Definições

No que diz respeito à definição presente no 5.º deste artigo (Agente Vinculado) é feita referência à prestação de aconselhamento. Neste sentido, seria útil saber se os agentes vinculados que atuem neste âmbito deverão ser registados para o efeito, tendo de deter as mesmas qualificações que venham a ser pedidas aos consultores para investimento registados pelas instituições de crédito.

Adicionalmente, e apesar de não estar em causa uma alteração da definição do tipo de pessoas que podem atuar como agente vinculado, suscita-se a questão da eventual necessidade de harmonizar a atividade de promotor bancário com a de agente vinculado, admitindo que os primeiros, à semelhança dos segundos, possam ser pessoas coletivas.

h) Artigos 4.º-A e 199.º-I/3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 357-B/2007, de 31 de outubro e regime especial autónomo para a comercialização e aconselhamento de depósitos estruturados

O anteprojeto de alteração do RGICSF consagra a consultoria relativamente a depósitos estruturados como uma atividade distinta da consultoria para investimento (arts. 4.º-A e 199.º-I/3 RGICSF e artigo 1.º Decreto-Lei n.º 357-B/2007, de 31 de outubro).

Como refere o documento de consulta, a DMIF II introduz diversas alterações que visam reforçar a proteção dos investidores na prestação de serviços de consultoria para investimento, quer através da imposição de deveres de informação reforçados quanto ao serviço prestado, quer através do dever do intermediário financeiro ou consultor para investimento entregar ao investidor um documento que reflète a avaliação da adequação da operação recomendada.

A inclusão, no âmbito da DMIF II, dos depósitos estruturados visa, conforme referido no seu recital 39 abranger, por este ato legislativo, *“uma forma de produtos de investimento”*.

Tendo em consideração que a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, quer a pedido deste, quer por iniciativa da empresa de investimento, relativamente a decisões de investimento deve, tendencialmente, ser efetuada numa ótica de portfólio, incidindo sobre diversos produtos de investimento (independentemente da sua forma jurídica), é recomendável que não seja efetuada a autonomização da atividade de consultoria relativamente a depósitos estruturados face à atividade de consultoria de investimento sobre instrumentos financeiros.

B.3 ANTEPROJETO DE DIPLOMA AUTÓNOMO QUE APROVA O REGIME JURÍDICO DA CRIAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA RELATIVAMENTE A DEPÓSITOS ESTRUTURADOS

a) Artigo 4.º (Avaliação de adequação de depósitos estruturados)

O n.º 1 estabelece que *“As instituições de crédito estão obrigadas a avaliar a adequação dos depósitos estruturados que comercializam aos interesses e às circunstâncias do cliente a quem ofereçam ou proponham a constituição desses depósitos, devendo, para o efeito, solicitar informação a esse cliente sobre os seus conhecimentos e experiência relativamente à constituição de depósitos estruturados”*.

Este preceito exige uma avaliação de adequação aos interesses e às circunstâncias do cliente que não se encontra prevista na DMIF II. De facto, o n.º 3 do artigo 25.º desta diretiva prevê que *“as empresas*

de investimento solicitam ao cliente ou potencial cliente que lhes forneça informações sobre os seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço oferecido ou solicitado, de modo a permitir à empresa determinar se o produto ou o serviço de investimento considerado lhe é adequado”.

Daí decorre que a avaliação de adequação exigida na comercialização de depósitos estruturados não é consistente com a avaliação de adequação prevista para os serviços de investimento em geral, com exceção da consultoria para investimento ou da gestão de carteiras.

Cumpra ainda salientar a existência de inconsistências nos n.º 1, 2 e 4 do mesmo artigo, porque:

- O n.º 1 exige uma avaliação de adequação aos interesses e às circunstâncias do cliente, com base em solicitação de informação sobre os conhecimentos e experiência relativamente à constituição de depósitos estruturados;
- O n.º 2, quando define os requisitos sobre a avaliação de adequação no caso de um depósito estruturado comercializado como parte de um pacote prevê que as *“instituições de crédito devem avaliar se esse pacote de produtos ou serviços é, no seu todo, adequado aos conhecimentos e à experiência do cliente, solicitando, para tal, informação ao cliente sobre os seus conhecimentos e experiência relativamente aos produtos ou serviços incluídos no pacote”*.
- O n.º 4 menciona apenas à avaliação da adequação às *“circunstâncias do cliente”*.

Recomenda-se que a avaliação de adequação definida no presente artigo seja revista de forma a assegurar um maior nível de consistência e a mitigar possíveis interpretações subjetivas, como a obrigatoriedade de apreciação da situação financeira do cliente na apreciação da adequação do produto ao cliente.

Da leitura da alínea a) do n.º 5 deste artigo resulta que *“A intervenção das instituições de crédito na comercialização dos depósitos estruturados consiste exclusivamente na execução de ordens do cliente ou na sua receção e transmissão, não envolvendo, em particular, a concessão de crédito para a constituição desses depósitos”*.

Verifica-se que são mencionados os serviços de execução e de receção e transmissão de ordens, serviços esses que não são apropriados no âmbito da comercialização de depósitos estruturados. Considerando que a terminologia associada à prestação de serviços e atividades de intermediação financeira não se assume adequada no âmbito da comercialização de depósitos estruturados, sugere-se que esta seja substituída pela terminologia mais apropriada.

Por último, apesar de ser uma situação prevista pela DMIF II no âmbito dos requisitos exigidos em matéria de “*execution only*”, a concessão de crédito para efeitos de constituição de depósitos estruturados não parece ser exequível. Em conformidade, sugere-se que este preceito seja adaptado ao contexto da comercialização de depósitos estruturados.

b) Artigo 5.º (Constituição de depósitos estruturados na sequência de instruções de instituição de crédito ou empresa de investimento)

Considerando que este artigo regula a matéria relativa à receção, por parte de uma instituição de crédito, de instruções para a constituição de depósitos estruturados da parte de outras instituições de crédito ou de empresas de investimento, as instituições de crédito que recebem a instrução são responsáveis pela constituição do depósito estruturado em causa (desde que cumpridas todas as obrigações a que está sujeita) e não pela “*conclusão do serviço ou transação*” conforme consta da redação do n.º 3.

Assinala-se, novamente, a utilização de terminologia associada à prestação de serviços ou atividades de intermediação financeira à prestação de serviços bancários.

c) Artigo 6.º (Prestação de informação no âmbito da comercialização de depósitos estruturados)

Na alínea b) do n.º 2 é referido o conceito de “*orientações adequadas*”.

Sugere-se a alteração da redação da referida alínea b) para “*Fornecer ao cliente informações adequadas e avisos sobre os riscos inerentes ao depósito estruturado em causa*”.

Na alínea d) do n.º 2 é feita referência a “*locais de execução*” na constituição de um depósito estruturado. Assinala-se, mais uma vez, a utilização de terminologia associada à prestação de serviços ou atividades de intermediação financeira que não é adequada à prestação de serviços bancários.

d) Artigo 7.º (Execução das ordens dos clientes)

O artigo menciona o “*serviço de execução de ordens do cliente*”, que como já referido anteriormente, não é apropriado no âmbito da comercialização de depósitos estruturados. Nesse sentido, sugere-se a alteração da redação do presente artigo.

e) Artigo 8.º (Categorização de clientes no contexto da comercialização de depósitos estruturados)

No n.º 8 é referido que, no âmbito da comercialização de depósitos estruturados junto de contrapartes elegíveis, as instituições de crédito estão isentas do cumprimento do disposto no artigo 77.º-E, no n.º 2 do artigo 89.º e no artigo 89.º-A do RIGICSF.

Não se afigura boa técnica legislativa regular matérias do RIGICSF em diploma avulso.

f) Artigo 11.º (Deveres a observar no âmbito da prestação de serviços de consultoria relativamente a depósitos estruturados)

A alínea a) do n.º 1 prevê que apenas sejam recomendados depósitos estruturados se tal for do interesse do cliente. Considera-se que tal abordagem é demasiado vaga, na medida em que não resulta claro o que se entende por “*interesse do cliente*” nem quais os aspetos a ter em conta na avaliação do mesmo. Questiona-se, igualmente, se o interesse do cliente deverá ser avaliado de acordo com os critérios presentes na alínea d) do mesmo artigo ou se deverão ser avaliados outros critérios.

O preceito previsto na alínea c) do n.º1 de “*Excluir os depósitos estruturados cujas características não compreendam do conjunto de produtos tidos em consideração para efeitos da emissão de recomendação*” é pouco claro. Sugere-se a revisão do texto, de forma a mitigar a ocorrência de diferentes e divergentes interpretações.

Na alínea h) do n.º1 está previsto que as entidades referidas no artigo 9.º devem “*Disponibilizar ao cliente um documento em papel ou noutra suporte duradouro que, entre outros elementos, descreva o objeto da consulta, identifique o colaborador responsável pela emissão da recomendação, identifique o depósito estruturado recomendado e, estando em causa um cliente não profissional, na aceção da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º, justifique a sua adequação face às preferências, aos objetivos e a outras características desse cliente*”.

Considerando que no n.º6 do artigo 25.º da DMIF II está especificado que “*Ao prestar consultoria para investimento, antes de a transação ser efetuada, a empresa de investimento faculta ao cliente um documento relativo à adequação, num suporte duradouro, que especifique o aconselhamento prestado e o modo como esse aconselhamento corresponde às preferências, aos objetivos e a outras características do cliente não profissional*”, entende-se que o preceito da alínea h) do n.º1 deve ser alterado porque a DMIF II não prevê que o colaborador, responsável pela emissão da recomendação seja identificado e porque não se torna viável em algumas situações, como na prestação de recomendações *online*.

No que diz respeito ao nº 2, consideramos que o documento referido na alínea h) do número anterior deverá ser sempre disponibilizado ao cliente em momento anterior ao da constituição do depósito estruturado, independentemente do serviço de consultoria ser ou não prestado pela mesma instituição de crédito que o comercializa.

Por último, assinala-se que as alíneas a) e b) do n.º 3, que nos termos da redação devem verificar-se cumulativamente, são contraditórias.

B.4 ENTRADA EM VIGOR

Artigo 19.º (Entrada em vigor)

Ainda que a transposição da DMIF II tenha um calendário próprio (as normas devem vigorar a partir de 3 de janeiro de 2018) consideramos que as disposições que se pretendam acomodar no RGICSF (que deverão ser revistas, conforme anteriormente referido) não devem observar idêntico calendário.

Com efeito, alterações nas matérias em causa implicam o ajustamento do modelo de negócio das instituições de crédito, bem como o aperfeiçoamento de procedimentos e o estabelecimento de novos processos, cuja adequada implementação e cumprimento se afigura inexecutável no prazo indicado.

Observamos, por último, a existência dos seguintes erros ou imprecisões:

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

a) Artigo 2.º (Âmbito de aplicação material)

Deverá ser retificada a redação do n.º 1, a qual por lapso indica “h) [anterior al. h)]” e “i) [anterior al. j)]”, quando deverá indicar “h) [anterior al. g)]” e “i) [anterior al. h)]”.

A redação do n.º 3 não é objeto de qualquer alteração, pelo que basta existir a seguinte indicação “3. [...]”.

b) Artigo 201.º (Internalização sistemática)

Entende-se que, na redação do n.º 1, deve utilizar-se a expressão prevista na DMIF II, de modo a que não existam dúvidas que um internalizador sistemático não pode operar em simultâneo um sistema multilateral (nos termos dos artigos 200.º n.º 7 e 200.º-A n.º 5), pelo que se deve substituir a parte “(...) e que não seja um sistema multilateral.” por “(...) sem operar um sistema multilateral.”

Nos termos previstos na DMIF II, na definição de internalizador sistemático que consta do artigo 4.º n.º 1 ponto 20), 2.º parágrafo, ambos os critérios (de modo frequente e sistemático, e de modo substancial) necessitam de ser verificados para que o intermediário financeiro seja considerado um internalizador sistemático. Deste modo, sugere-se que esta cumulação de critérios seja clarificada acrescentando “e” no final da alínea a) do n.º 2 deste artigo.

Sugere-se que a redação das alíneas a) e b) do n.º 2 seja a seguinte:

a) *“Negoceia de modo frequente e sistemático, calculado com base no número de transações executadas no mercado de balcão num instrumento financeiro quando negoceie por conta própria em execução de ordens de clientes; e*

b) *Negoceia de modo substancial, com base:*

i) No volume de negociação correspondente a transações executadas no mercado de balcão pelo intermediário financeiro relativamente ao total da sua carteira de negociação num instrumento financeiro; e (...).”

Ainda no que diz respeito à subalínea i) da alínea b) do n.º 2, sugere-se, por questões de clareza, que seja efetuada a seguinte alteração: *“No volume de negociação correspondente a transações executadas no mercado de balcão pelo intermediário financeiro relativamente ao total transacionado por si num instrumento financeiro específico”*.

No n.º 4 é feita remissão para o n.º 3, quando deveria ser para o n.º 2.

Considerando que a DMIF II estabelece também um regime de “opt-in” para os internalizadores sistemáticos, referindo expressamente o artigo 4.º n.º 1 ponto 20), 2.º parágrafo, parte final que “ (...) *uma empresa de investimento optar pelo regime do internalizador sistemático.*”, sugere-se que a redação do n.º 4 seja clarificada da seguinte forma: *“No caso de um intermediário financeiro que não atinja ou ultrapasse os limites referidos no n.º 3, este pode optar por atuar como internalizador sistemático relativamente a determinados instrumentos financeiros, devendo para esse efeito comunicar previamente à CMVM esse facto.”*

c) Artigo 223.º-B (Comissões)

Sendo este artigo aditado ao Código dos Valores Mobiliários, salienta-se que não existe o artigo 223.º-A, pelo que esta deveria ser a sua numeração.

d) Artigo 257.º-E (Limites de posições em instrumentos financeiros derivados de mercadorias)

Sendo este artigo aditado ao Código dos Valores Mobiliários, salienta-se que não existem os artigos 257.º-A a 257.º-D. Esta retificação irá afetar consequentemente a numeração dos artigos 257.º-F, 257.º-G e 257.º-H, e respetiva alteração sistemática do Código.

e) Artigo 294.º-A (Consultoria para investimento independente)

A matéria regulada no presente artigo é substituída, na íntegra, por matéria distinta. Nos termos do Guia prático de regras a observar na redação de atos normativos da Assembleia da República, *“Quando a alteração de um artigo implicar a revogação não substitutiva de um dos seus números, a referida revogação deve ser evidenciada na norma de alteração e na norma revogatória final. Não deve alterar-se a numeração dos artigos de um ato normativo em virtude de revogações não substitutivas ou de aditamentos.”* Deste modo, ao presente artigo devem ser adicionados os números 3 e 4, com a indicação de *“[Revogado]”*.

Verifica-se que esta situação também ocorre nos artigos 294.º -B, 294.º -C, 294.º -D, 305.º-A, 305.º-B, 305.º-C, 312.º-A.

A alínea b) do n.º 1 remete para as *“entidades referidas nas subalíneas i) e ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo anterior”*. Considerando que o n.º 1 do artigo 294.º não contém alíneas, deve esta remissão ser corrigida.

f) Artigo 306.º-D (Acordos de garantia financeira com transferência de titularidade)

Este artigo é elencado como sendo um artigo aditado, o que de facto não ocorre. O artigo 306.º-D já existe no Código dos Valores Mobiliários, sob a epígrafe *“Movimentação de contas”*, não sendo objeto de qualquer alteração. Depreende-se que a numeração correta deste artigo seja 306.º-E.

g) Artigo 309.º G (Deveres de monitorização dos instrumentos financeiros produzidos ou distribuídos)

Não resulta clara a redação da alínea c) do n.º 1.

h) Artigo 309.º I (Deveres de prestação e obtenção de informação pelos intermediários financeiros)

No n.º1 deste artigo encontra-se previsto que o intermediário financeiro produtor coloca à disposição de *“qualquer intermediário financeiro, que distribui instrumentos financeiros”*, todas as informações relevantes sobre um determinado instrumento financeiro, bem como o respetivo processo de aprovação (incluindo o mercado-alvo identificado para o mesmo e os canais adequados para a distribuição), enquanto no n.º3 do artigo 16.º da DMIF II, se encontra previsto que uma empresa de investimento coloca à disposição dos *“distribuidores”* todas essas informações pertinentes.

Considerando que poderão levantar-se questões quanto à aplicabilidade do dever de prestação de informações a todos os intermediários financeiros que distribuem instrumentos financeiros, independentemente do facto de não existir um acordo de distribuição com o produtor, sugere-se que a expressão *“de qualquer intermediário financeiro”* seja alterada para *“dos distribuidores”*.

i) Artigo 313.º-A (Benefícios permitidos)

O n.º 1 inicia *“Para efeitos da alínea b) do artigo anterior (...)”*. Considerando que o artigo 313.º é objeto de alteração e que tanto o n.º 1 como o n.º 2 possuem alíneas, deverá ser acrescentada nesta remissão o número correspondente à alínea correta. Pressupõe-se pela redação que a referência seja efetuada à alínea b) do n.º 1.

j) Artigo 314.º - D (Receção e transmissão ou execução de ordens)

Na subalínea ii) da alínea a) do n.º 1, é previsto o afastamento do dever de avaliação do carácter adequado da operação na prestação exclusiva de serviços de receção e transmissão ou execução de ordens de clientes, quanto o objeto da operação se traduza nomeadamente, em *“obrigações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou num mercado equivalente ou num sistema de negociação multilateral, excluindo as que incorporam derivados ou uma estrutura que dificulte a compreensão dos riscos envolvidos”*.

Considerando que o conceito de valores mobiliários, previsto na alínea b) do n.º 44 do artigo 4.º da DMIF II, engloba *“obrigações ou outras formas de dívida titularizada, incluindo certificados de depósito*

desses títulos” e que, nos termos previstos na subalínea ii) da alínea a) do n.º 4 do artigo 25.º da DMIF II, a isenção supracitada se aplica, em conformidade, a operações que tenham por objeto “ obrigações ou outras formas de dívida titularizada, admitidas à negociação num mercado regulamentado ou num mercado equivalente num país terceiro ou num MTF (..)”, entende-se que o preceito da subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º - D deve ser alterado.

Considera-se que a expressão “claramente”, que consta da alínea c) do n.º 1, é desnecessária, dado que sendo o cliente advertido por escrito haverá, sempre, prova clara e manifesta dessa advertência.

Por outro lado, salienta-se que o artigo 7.º do Código dos Valores Mobiliários, já dispõe sobre o dever genérico de prestação de informação de forma clara, pelo que naturalmente a advertência que consta desta alínea c) do n.º 1 tem também de cumprir com o referido dever genérico.

k) Artigo 317.º-D (Contrapartes elegíveis)

A nova redação do n.º 6 dispõe que não é exigível ao intermediário financeiro, no âmbito de operações que envolvam contrapartes elegíveis, o cumprimento dos artigos 313.º a 314.º-D, 321.º a 322.º e 328.º a 333.º do Código dos Valores Mobiliários.

Verifica-se, assim, que deixou de se incluir neste elenco de exclusões o artigo 312.º.

Ora, considerando o artigo 30.º da DMIF II, constata-se que o n.º 1 deste estabelece que as obrigações dos n.º 4 e 5 do artigo 24.º da Diretiva (incluindo a prestação de informações pré-contratuais no âmbito da prestação de serviços e atividades de investimento, bem como o envio de extratos sobre os custos e encargos) não se aplicam às contrapartes elegíveis, pelo que se conclui que a nova redação do n.º 6 deverá contemplar também o artigo 312.º.

O mesmo ocorre relativamente ao artigo 323.º, que deixa de estar previsto nas exceções contempladas pelo n.º 6, e cujo conteúdo corresponde à transposição do artigo 25.º n.º 6 da Diretiva, o qual também se encontra excecionado de aplicação às contrapartes elegíveis, por via do n.º 1 do artigo 30.º da Diretiva.

Deste modo, também o artigo 323.º deverá estar contemplado no elenco de artigos previstos na redação do n.º 6 deste artigo, havendo ainda necessidade de acrescentar referência ao artigo 323.º-D, por questões de coerência e certeza jurídica.

De salientar também que, apesar do elenco de artigos excecionados constar o artigo 333.º, este artigo é revogado pelo artigo 16.º do anteprojeto de transposição, pelo que se trata de um lapso.

l) Artigo 328.º (Tratamento de ordens de clientes)

O n.º 5 dispõe sobre “(...) ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou negociadas numa plataforma de negociação (...)”.

Considerando que o mercado regulamentado integra a definição de “plataforma de negociação” (em conjunto com os MTF e os OTF), conforme o artigo 4.º n.º 1 ponto 24) da Diretiva, esta disposição deverá ser alterada.

m) Artigo 330.º (Execução nas melhores condições)

Na redação do n.º 12 utiliza-se a expressão “estrutura de negociação”, em vez de “locais de execução”, conforme dispõe o artigo 27.º n.º 1, 3.º parágrafo da DMIF II. Entende-se que, por questões de clareza e certeza jurídica, a redação do n.º 12 deve utilizar a mesma designação que a Diretiva.

Sugere-se, também, a introdução da seguinte clarificação na redação do n.º 14: “No caso dos instrumentos financeiros sujeitos à obrigação de negociação prevista nos artigos 23.º e 28.º do Regulamento (EU) n.º 600/2014 (...), cada plataforma de negociação ou internalizador sistemático, nos casos previstos no referido artigo 23.º, e nos casos previstos no referido artigo 28.º, a respetiva estrutura de negociação (...)”.

n) Artigo 377.º-B (Cooperação no âmbito do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros)

O novo n.º 7 deste artigo indica que a sua redação corresponde ao anterior n.º 6, o qual na redação atual deste artigo não existe (a redação atual é composta pelos n.º 1 a 5).

o) Artigo 396.º-A (Serviços de comunicação de dados de negociação)

As alíneas que constam do n.º 2 iniciam-se na alínea b), estando, logicamente, em falta a alínea a).

ALTERAÇÕES AO REGIME GERAL DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E SOCIEDADES FINANCEIRAS

a) Artigo 14.º (Requisitos Gerais)

A redação do n.º 2 deste artigo, no âmbito dos requisitos a cumprir para autorização das instituições de crédito com sede em Portugal, é alterada no sentido de os artigos 86.º-A e 89.º a 90.º-B serem também tidos em consideração em sede de critérios técnicos que permitem aferir sobre o preenchimento das condições elencadas no n.º 1.

No entanto, verificando-se que:

- O novo artigo 86.º-A se refere aos mecanismos organizacionais e administrativos no âmbito da gestão de conflitos de interesses;
- O artigo 89.º trata das obrigações relativas ao registo e arquivo;
- O novo artigo 89.º-A trata dos conhecimentos e experiência dos colaboradores;
- O novo artigo 89.º-B trata da remuneração e avaliação do pessoal;
- O artigo 90.º trata das obrigações na criação de produtos e serviços bancários de retalho; e
- O novo artigo 90.º-A trata das obrigações na comercialização de produtos e serviços bancários de retalho;

Não se vislumbra a razão pela qual se integra também referência ao artigo 90.º-B, quando este estabelece os poderes de intervenção do Banco de Portugal em matéria de procedimentos de monitorização e governação de produtos e serviços bancários de retalho.

Conclui-se que a referência ao artigo 90.º-B na redação do n.º 2 do artigo 14.º se trata de um lapso, a eliminar.

b) Artigo 199.º-A (Definições)

Verifica-se que não se procede a nenhuma alteração no 1.º ponto deste artigo, o qual elenca os serviços e atividades de investimento.

Constatando-se que o artigo correspondente no Código dos Valores Mobiliários é alterado (artigo 290.º), a redação deste artigo deve também ser alterada em concordância, de modo a ser coincidente com a nova redação do artigo 290.º do Código dos Valores Mobiliários, que passa a integrar uma nova alínea relativa aos OTF (sistemas de negociação organizados).

c) Artigo 211.º (Infrações especialmente graves)

A nova redação da alínea ii) do n.º 1, que passa a integrar menção aos mecanismos de governação, em violação do artigo 14.º, não é clara.

A falta de referência explícita do artigo 14.º aos denominados “*mecanismos de governação*” suscita a dúvida sobre quais as atuações elencadas nas disposições do artigo 14.º cuja omissão se pretende abranger para efeitos de infração.

O elenco de artigos que consta da nova redação da alínea cc) do n.º 1 deve ser reordenado, no sentido de elencar os artigos por ordem crescente, resultando na redação: “(...) *previstas nos artigos 102.º, n.º 3 do artigo 104.º, 107.º e 108.º*”.

ANTEPROJETO DE DIPLOMA AUTÓNOMO QUE APROVA O REGIME JURÍDICO DA CRIAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA RELATIVAMENTE A DEPÓSITOS ESTRUTURADOS

Artigo 15.º (Obrigações das instituições na criação de depósitos estruturados)

Na subalínea iv) da alínea b) do n.º 2 sugere-se a seguinte correção: “*Se as eventuais comissões e os encargos associados aos depósitos estruturados ~~os encargos~~ não comprometem a sua rentabilidade esperada; e*”.

Sugere-se a autonomização da redação da alínea a) do n.º 3, pelo facto de esta matéria na Diretiva Delegada (ainda por publicar) não se encontrar inserida num contexto de testes, conforme proposto nesta alínea.

Deste modo, entende-se que esta deverá ser transposta no mesmo sentido do que está disposto na Diretiva Delegada.

O teor da alínea a) do n.º 4 não é perceptível, pelo que se presume que esteja em falta parte da redação. Sugere-se a seguinte correção: “*A periodicidade ~~com que, no âmbito da monitorização,~~ a que se alude na alínea j) do n.º 2, deve ser ~~realizada~~ definida tendo em consideração a avaliação da compatibilidade dos depósitos estruturados com os interesses, objetivos e características do mercado-alvo identificado e da adequação da estratégia de comercialização adotada, ponderando, para o efeito, fatores relevantes como a complexidade desses depósitos ou o carácter inovador das estratégias de investimento adotadas*”.

ENTRADA EM VIGOR

Artigo 19.º (Entrada em vigor)

O n.º 3 indica que *“As referências e remissões para os artigos 294.º-A a 294.º-C do Código dos Valores Mobiliários consideram-se efetuadas para os artigos 294.º-C a 294.ºE.”*

Verifica-se, no entanto, que o artigo 294.º-E não existe, e considerando os conteúdos dos atuais artigos 294.º-A a 294.º-C (agentes vinculados) admite-se que esta norma deva ter a seguinte redação *“As referências e remissões para os artigos 294.º-A a 294.º-C do Código dos Valores Mobiliários consideram-se efetuadas para os artigos 294.º-B a 294.ºD.”*